

A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato¹

Véra Maria Jacob de Fradera

PROFESSORA NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADA EM PORTO ALEGRE

MESTRE E DOUTORA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE PARIS II

Introdução

A escolha do tema deve-se ao aumento crescente do relacionamento entre Brasil e Japão, seja no plano comercial, seja no cultural, cuja mais recente demonstração é a assinatura, em 2002, de Convênio entre a *Law School* da Universidade de *Tohoku, Sendai* e a Faculdade de Direito da UFRGS. Dentre os inúmeros assuntos passíveis de ser objeto de reflexão comparatista, optamos pelo contrato, pois ele constitui a base de todas as relações jurídicas civis e comerciais, é a mola propulsora das trocas, e, ao lado da família e da propriedade, um dos pilares fundamentais da ordem jurídica privada.

Dentro do tema «contrato», escolhemos realizar a comparação no que respeita a concepção e aplicação do princípio da boa fé objetiva² em três sistemas, a saber, o alemão, o brasileiro e o japonês, buscando demonstrar a semelhança entre o *BGB* e o *Minpô*, fundada precipuamente no fato de os alemães e os japoneses serem povos dedicados ao comércio, sem nenhum resquício de canonismo em suas origens, diversamente do modelo brasileiro, eivado destas influências, ao lado de outras, como o Direito visigótico, resultando, dessa mescla, algumas das peculiaridades do Código Civil brasileiro. No referente à concepção da

¹ - Este estudo tem origem em palestra proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, por ocasião do evento relativo ao acordo de Cooperação entre a Universidade Tohoku / Sendai e a Fac. Dir. da UFRGS, em setembro de 2002. V. a respeito, edição especial da *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, setembro 2002.

² - A única nota com traços de originalidade neste estudo é a de comparar três sistemas tão distintos em um sem número de aspectos, e, não obstante, aproximados pela noção de contrato, pois estamos perfeitamente conscientes do fato de, como afirmado pelo professor Guido ALPA, *la letteratura sulla clausula generale di buona fede è sterminata, sia nell'esperienza italiana, sia nelle esperienze degli altri ordinamenti continentali*, in « Il Diritto Giurisprudenziale in Itália e nel Mondo », Atas do Congresso realizado em Cagliari /Chia, 15-17 giugno 1995, p. 31.

Boa Fé objetiva, sua adoção, ainda de forma não expressa³, deve-se a forte inspiração romana, presente no projeto de Código Civil brasileiro, de autoria do insigne jurista Teixeira de Freitas. Seu sucessor, Clóvis Bevilacqua, neste particular, manteve-o inalterado. A tradição positivista fez com que, durante muitos anos, o direito civil brasileiro ignorasse os recursos decorrentes da aplicação da Boa Fé em sentido objetivo, restringindo-se, por décadas, aos limites da Boa Fé em sentido subjetivo, prevista pelo legislador, de maneira expressa.

Antes de iniciar propriamente nossa análise comparatista, faremos brevíssima referência à maneira interessante como o Japão adotou uma noção romanista de contrato.

De acordo com David - Spinosi⁴, o Japão esteve praticamente isolado do Ocidente durante aproximadamente 250 anos, mais precisamente, até o ano de 1853, quando iniciou alguns contactos com seus vizinhos, os chineses, sofrendo, então, influência da China. Contudo, conservou o Japão, em relação ao pensamento chinês, uma marcante originalidade, devido, por um lado, ao próprio caráter dos japoneses, e, por outro, em virtude do isolamento voluntariamente mantido, até a abertura do país, no já mencionado ano de 1853⁵. É relevante referir ainda o fato de os primeiros documentos jurídicos japoneses remontarem ao ano de 646⁶, destacando-se, neste período, a elaboração de regras repressivas – *ritsu* – e de regras administrativas, as *ryô*⁷.

A primitiva sociedade nipônica era dividida em classes, primando pela ausência da idéia de direito. Nestas remotas épocas, há uma espécie de repúdio à regulamentação da sociedade mediante regras jurídicas, consideradas pouco flexíveis, pois suas soluções, de acordo com tal pensamento, estão desprovidas de nuances.

Desta sorte, desenvolveu-se na sociedade japonesa, um conjunto de regras, originadas da conveniência e da moral, reguladoras, em todas as circunstâncias da vida, da conduta a ser seguida pelos indivíduos nas suas relações com os demais. Estas regras são denominadas *giri*, as quais substituem o direito e, segundo alguns juristas nipônicos, a própria moral. Para um japonês, o fato de não respeitar um dos *giri*, no qual ele está implicado, representa uma vergonha, situação descrita pela expressão «perda da face».

Este código de honra, puramente costumeiro, tornou inútil, até época assaz recente, a intervenção do Direito e de seus mecanismos.

Em 1868, tem início a denominada era *Meiji*, marcando os primórdios da ocidentalização do Japão, ocorrendo um processo de renovação da sociedade japonesa,

³ - A explicação para o fato de Teixeira de Freitas não ter incluído um artigo expresso sobre a Boa Fé Objetiva em seu projeto, poderia estar na sua idéia de unir as obrigações civis e comerciais. Como a Boa Fé Objetiva já estava prevista no Código Comercial de 1850, desempenhando a função interpretativa, não haveria necessidade de prevê-la expressamente para as obrigações civis.

⁴ - In *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2002, 11a.ed.p. 426 e segs.

⁵ - Apesar dessa opção pelo isolamento, houve alguns contactos importantes com o Ocidente: no século XVII, os holandeses negociavam com os japoneses e, no século XVIII, os portugueses estavam muito presentes na terra do sol nascente. Jesuítas de várias nacionalidades lá pregavam o cristianismo.

⁶ - Foram produzidos na era Taika, cujo início é fixado em 646.

⁷ - Segundo referem R. DAVID- C. SPINOSI, neste período, os japoneses se encaminham para uma concepção jurídica revestida de uma certa importância, criam escolas onde o direito é ensinado e os *ritsu-ryô* são comentados. Os mestres franceses salientam, contudo, que, nas compilações jurídicas então produzidas, a idéia de direito subjetivo ainda é algo remoto, in *Les grands Systèmes de Droit Contemporains*, supra cit., p. 426.

surgindo um Estado democrático no lugar do Estado Feudal até então existente.

Um desenvolvimento extraordinário coloca o Japão entre as primeiras nações de nossa época no referente ao comércio mundial. Uma legislação moderna é então elaborada, visando aproximar o direito japonês dos sistemas jurídicos ocidentais.

Qual a razão de tantas modificações?

O fundamento de tantas e variadas transformações pode ser encontrado no florescimento da era *Meiji*⁸, quando o Japão decidiu, em 1858, pôr fim aos Tratados desiguais, firmados com os Estados Unidos, Reino Unido, França e Países Baixos.⁹

Foi então encetada a adoção de Códigos, inspirados dos modelos europeus, movimento cujo início foi marcado pela tradução do *Code Civil* francês, iniciada no ano de 1869 e concluída cinco anos mais tarde.

A escolha do *Code Civil* como primeiro modelo ocidental a ser conhecido pelos juristas japoneses teve vários motivos determinantes, como bem observa o professor Jacques Robert¹⁰, um dos mais importantes conhecedores do direito japonês no Ocidente.

Em primeiro lugar, a França era, na época, o único país a possuir Códigos completos, cuja excelência já havia sido comprovada.

Em segundo lugar, o *Esprit des Lois* de Montesquieu foi a primeira obra jurídica francesa a ser traduzida e publicada no Japão, tendo servido de base para as primeiras reflexões constitucionais japonesas, à maneira ocidental, nos inícios da era *Meiji*. De acordo com a lição do professor Robert, os primeiros textos constitucionais do Japão moderno apresentam a marca do liberalismo das *Lumières*¹¹, textos onde são invocados o princípio representativo, o princípio democrático e o da internacionalização jurídica, valorizando-se o direito comparado. Inseriu-se nos textos uma declaração¹², semelhante à Declaração dos direitos do homem, onde foram revogados os antigos costumes discriminatórios, buscando-se seguir os princípios racionais universalmente reconhecidos. Da mesma forma, eram proclamados os princípios da separação dos poderes e da igualdade de todos perante a lei¹³.

Contudo, apesar de tantos esforços, o Japão ainda não lograra ocidentalizar-se o suficiente. Desta sorte, o governo japonês decidiu recorrer à colaboração de três juristas franceses, George Appert, Georges Bousquet e Gustave Boissonade de Fontarabie. Foi este último que acabou sendo o autor de vários Códigos para o Japão, dentre os quais, um Código Penal e um Código de Instrução Criminal, em 1877. Quanto ao Código Civil, ele

⁸ - Já nos primeiros anos da era *Meiji* a presença francesa fez-se sentir, sobretudo no âmbito do direito.

⁹ - Por esses tratados desiguais, eram atribuídos privilégios exorbitantes (regime de extraterritorialidade, estabelecimento de jurisdições consulares para julgar os conflitos ocorrentes entre japoneses e estrangeiros). Como o direito comum japonês não oferecia garantias suficientes aos seus súditos, teve início um movimento nacional no sentido de conferir aos nacionais as mesmas condições. Outro aspecto deveras importante para a ocidentalização do Japão, foi a necessidade de adotar o capitalismo para manter sua independência frente às potências ocidentais. Por outro lado, uma reforma jurídica se fazia necessária para pôr fim aos Tratados desiguais.

¹⁰ - Na introdução aos trabalhos sobre «Boissonade et la réception du droit français au Japon», colloque organisé par l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et la Maison du Japon à la Cité internationale universitaire de Paris, le 22 novembre 1990, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 2, avril/juin 1991, p. 327 à 331.

¹¹ - Ob.cit. p. 328.

¹² - Era o «Juramento imperial dos cinco artigos», equivalente às nossas Declarações de Direitos.

¹³ - Idem p. 328.

teve menor êxito, apesar de o seu autor ter consagrado muitos anos de vida a sua redação.

Somente a grande determinação dos japoneses foi capaz de terminar esta obra gigantesca.

Esta tradução teve ainda a colaboração de juristas alemães e, em menor número, de ingleses, como relata o professor Noda (1962), escrevendo sobre o grande, e até hoje reverenciado, professor Boissonade¹⁴.

O projeto Boissonade de Código Civil foi revisto e adotado em 1891, tendo sido conservado o Direito japonês relativamente ao direito de família e sucessões, devido as suas peculiaridades locais. Contudo, sua vigência foi diferida, devido a uma séria oposição, de diversas origens.¹⁵

Um novo texto foi então preparado, o qual deveria manter grande parte do primeiro, mas tal não ocorreu, devido à influência dos projetos de Código alemães, cuja qualidade impressionara os redatores nipônicos. Desta sorte, o Código Civil japonês, adotado em 1896¹⁶, apresenta nítida influência alemã, pois é contemporâneo ao BGB, mas isso não significa que não haja contribuições de outros sistemas¹⁷.

É interessante observar que, neste aspecto, ocorreu no Direito japonês fenómeno semelhante ao vivenciado pelas sociedades latino-americanas, onde a maioria dos Códigos civis é igualmente resultado de uma mescla de vários modelos europeus¹⁸.

Após 1945, uma outra corrente ocidental passou a ter uma certa participação na elaboração do direito japonês, qual seja, o direito norte-americano¹⁹. Finalmente, em 1947, foi publicado o Código Civil japonês, denominado *Mimpô*, o qual recepcionou o princípio da Boa fé objetiva.

¹⁴ - Sobre a vida e a obra de Boissonade, consultar o número 2 da *Revue Internationale de Droit Comparé*, abril-juin 1991, onde vários aspectos de sua obra são analisados pelos professores G. ANTONETTI, J. CARBONNIER, E. HOSHINO, Y. OKUBO, E. SEIZELET, J.-L. SOURIOUX, bem como o já referido Jacques ROBERT.

¹⁵ - De acordo com o professor Jacques Robert, alguns fatores contribuíram para o fracasso do projeto Boissonade, como a tentativa de apresentar um projeto demasiado europeu, muito distante das tradições nipônicas. Outros criticaram, mas sem razão, segundo Robert, o fato de o jurista francês ter, de certa forma, ignorado as tradições nacionais japonesas e não ter levado em conta, com maior profundidade, as especificidades do país, cultural e fisicamente tão afastado do Ocidente, naquela época. Outro fator pesou fortemente para o repúdio ao projeto, pois seu Código foi considerado como revolucionário para a época, onde ele afirmava a noção de pessoa, em detrimento da de Estado, fazia ressaltar o indivíduo e não o grupo. Além disso, o *Code Napoléon* já sentia o peso dos anos, enquanto outro modelo, o BGB, estreava, como algo totalmente inusitado, no cenário jurídico universal. Consultar o artigo . cit. p. 329.

¹⁶ onde não há lugar para a BFO.

¹⁷ - Sobre este período da história do direito privado japonês, consultar o interessante trabalho da profa. Yuko NISHITANI, in « Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Edição especial, setembro 2003, p. 9 a 18, especialmente p. 13.

¹⁸ - Vide Orlando GOMES, "As raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro" in *Revista da AJURIS*, n° 6 e nosso «A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina, um obstáculo à integração no Cone Sul?» In *Revista Ciências Sociais*, da Universidade Gama Filho, RJ, 1996, Rio de Janeiro.

¹⁹ - Para uma visão crítica desse período, consultar a interessante obra coletiva, organizada por A. Von MEHREN, *Law in Japan*, 1963.

Este fato foi de grande relevância, tanto é que, povos vizinhos, como a Coreia do Sul e a China Popular ou Taiwan, foram por ele nitidamente influenciados²⁰.

Postos estes dados informativos básicos sobre a ocidentalização do Direito japonês, passaremos ao exame e justificativa da presença do princípio da boa fé objetiva nos contratos nos três ordenamentos aqui mencionados, adiantando o reconhecerem os três, mas com aceções e alcance um pouco distintos.

É oportuno referir, neste passo, nosso propósito de não abordar a questão da classificação da Boa Fé Objetiva como cláusula geral, pois a brevidade desejada para esse estudo seria então sacrificada²¹.

Tampouco teremos considerações a respeito da referência à Boa Fé Objetiva nos contratos de consumo disciplinados nas leis alemã e japonesa, e Código brasileiro de proteção ao consumidor²², pois nossa pretensão é a de manter-nos nos limites do contrato civil.

Na Ia. parte de nosso estudo, nos ocuparemos das razões da adoção do conceito de Boa Fé nos três ordenamentos e, na IIa. parte, examinaremos o alcance dos três textos relativos à Boa Fé objetiva nos Códigos Civis, alemão, brasileiro e japonês.

I Parte : As razões da adoção do conceito de boa fé objetiva como regra contratual no BGB, no Código Civil brasileiro de 2002 e no *Minpō* de 1947.

²⁰ - Para informações a respeito da história da civilização japonesa, vide Edwin O. REISCHAUER, *Japan, the story of a Nation*, Charles E. Tuttle Company, 1976 e John Whitney HALL, *Japan, from Prehistory to Modern Times*, Charles Tuttle Company, 1978. Sobre o Direito japonês em geral, consultar: René David-Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands Systèmes de Droit Contemporains*, Dalloz, 11^e édition, 2002, Y. NODA, *Introduction au droit japonais*, Dalloz, 1966; J.H. MOTTRY, *le droit japonais*, Que sais-je ?, 1988 ; I. KITAMURA, "Une esquisse psychanalytique de l'homme juridique au Japon", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, n°4, pp. 791 e segs. ; T. TANIGUCHI, *La loi et la coutume au Japon*, Études juridiques offertes à M. Julliot de la Morandière, 1964, pp. 571 e segs., H. ODA, *Japanese Law*, 1992, Yuko NISHITANI « Introdução à História do Japão », in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Edição Especial, setembro de 2002, tradução do alemão, de Maitê Schmidt, Luciana Quinto, e revisão da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques, pp. 9 e segs.

²¹ - Sobre as cláusulas gerais, existe extensa e variada bibliografia, sobretudo no plano europeu, remontando os primeiros estudos as primeiras décadas de vigência do BGB. Assim, a título de exemplo, indicamos: J. HEDEMAN, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933 ; J. ESSER, *Princípio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, 1961, *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, mit Beiträgen von K. LUEDERSEN, E. Noelle NEUMANN, T. RAISER, G. TEUBNER und A. ZIELCKE, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1978, Stefano RODOTÁ, « Il tempo delle clausole generale », in *Riv. Crit del Diritto Privato*, vol. 05, 1986, p. 709 e segs. Luciana Cabella PISU e Luca NANNI (a cura di) *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, 1998. No Brasil, J. MARTINS-COSTA, « As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema » in *Rev. de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 112, 1992. Posição crítica, a respeito da adoção das cláusulas gerais, devido a sua intervenção demasiado incisiva na autonomia da vontade, in « Desatualização do Projeto de Código Civil na questão da Boa Fé Objetiva nos contratos », *Revista dos Tribunais*, fasc. civ., vol. 775, maio 2002, p. 11 a 17, em especial páginas 11 e 12.

²² - Esta opção tem ainda outro motivo, o de não considerarmos as relações de consumo propriamente contratos, porquanto mais próximas dos denominados "contatos sociais". Sobre o tema, ver Verena Nygaard BECKER, "A Categoria jurídica dos atos existenciais. Transformação da concepção clássica de negócio jurídico", in *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, ano VII, VIII, 1973/1974, p. 15 a 53.

A) Paradoxalmente, Alemanha, Brasil e Japão sofreram a influência do direito romano, porém, por motivos bastante diversos.

a- A Alemanha, por buscar um sistema jurídico apto a regular a sua mais importante atividade, o comércio e também em razão do prestígio desfrutado por esse Direito em todo o mundo. Afinidade igualmente na vocação imperialista, expressa na denominação do Chefe de Estado, o *Kaiser*, vocábulo derivado de *Caesar*, a autoridade máxima romana.

b- O Brasil, pela via Ordenações, a lei do colonizador português, foi obrigado a adotar um sistema romanista, já bastante mesclado por outros direitos, o árabe e o visigodo. A influência canonista²³ é igualmente muito importante, marcando o direito brasileiro de forma indelével, sobretudo no âmbito do direito da família²⁴.

c- O Japão, dada a necessidade de ocidentalização, por razões de incremento comercial, optou por inspirar-se no direito alemão, devido as grandes afinidades com a Alemanha, destacando-se, dentre todas, em primeiro lugar, o comércio²⁵. Assim, a adoção de uma legislação privada de origem romana deu-se de segunda mão, através dos projetos do BGB.

Já a doutrina japonesa reconhece a origem romana da Boa Fé Objetiva, mas sem que isso tenha grande relevância em sua versão contemporânea

Qual a razão de ter o direito romano exercido tamanho fascínio entre os alemães, e indiretamente, entre os japoneses ?²⁶

A resposta está no fato de o Direito Romano ter vocação à universalidade, suas soluções são claras, idênticas em toda parte, permitindo uma circulação fácil das riquezas. Além disso, o Direito Romano tem como centro o indivíduo, e o contrato, como legitimação da vontade e poder desse indivíduo, fazendo com que muitos o considerem um dos antepassados mais remotos do liberalismo.

O direito alemão, diversamente de todos os outros povos influenciados pelo sistema romano, continua a atribuir-lhe grande relevância, destacando-se, neste âmbito, a teoria da interpretação e suas técnicas. Desta sorte, o princípio da boa fé está presente, dentre outros aspectos do contrato, na exceção de contrato não cumprido, no § 242, onde se prescreve dever ser a execução da prestação realizada de acordo com a boa fé. Também na fase pré-

²³ - Sobre o assunto, Ernest CAPARROS « Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le droit ecclésiastique », in K.D. KERAMEUS (Ed.) *Rapports généraux présentés au XIV^e Congrès International de droit comparé*, (Athènes, 1994), 1995, pp. 7-32., Antonio Padoa SCHIOPPA, « Notes on the role of canon law and on legal historiography », in *Rapports nationaux italiens aux XV^e Congrès International de Droit Comparé* (Athènes, 1994), Milano Giuffrè editore, 1994, pp. 15 a 30.

²⁴ - Vide, Osvaldo Hamilton TAVARES, « A influência do Direito Canônico no Código Civil brasileiro », Revista de Direito Civil, n° 34, p. 46 e segs., Salvatore BERLINGO, « Il Diritto « familiare » nell'ordinamento canonico », Riv. Diritto Civ., 1999, pp. 619 e segs. Sobre a atual exigência de flexibilização do Direito Canônico, o excelente artigo de Louis-Léon CHRISTIANS, « le droit canonique internormatif. Conflits de lois et de juridictions avec les systèmes étatiques et les autres systèmes religieux en droit matrimonial », in *Rev. crit. dr.internat. privé*, (2), 1998, pp. 217 e segs.

²⁵ - Vale lembrar que, antes das codificações de 1804 e 1900, a boa fé objetiva era considerada um princípio geral de comércio na França e na Alemanha. Consultar sobre esse período, Rudolf MEYER, *Bona Fides und lex mercatoria in der europäischen Rechts tradition*, Wallstein Verlag, Göttingen, 1994; em língua francesa, nosso comentário, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, vol.1, p. 277.

²⁶ - Não referimos o caso do Brasil devido ter sido a adoção de um sistema calcado no Direito Romano, não uma escolha, sim uma imposição do colonizador português, através das Ordenações do Reino.

contratual, a boa fé é reclamada, servindo de fundamento à responsabilidade civil, quando da ocorrência da *culpa in contrahendo*, conceito de origem romana, magistralmente sistematizado por Von Ihering²⁷, antes mesmo da entrada em vigor do BGB.

A repercussão desse estudo foi intensa, tendo o conceito de *culpa in contrahendo* sido recepcionado em vários sistemas, inclusive pela *common law* americana, mediante a sua divulgação por professores americanos com formação alemã, ou por mestres alemães, radicados nos Estados Unidos, exercendo o magistério em Universidades locais²⁸.

Uma vez que o direito romano está na raiz da recepção do conceito de Boa Fé contratual, em todos os ordenamentos onde se faz presente, é importante referir, ainda de forma sucinta, a noção romana de Boa Fé e sua configuração nas modernas Codificações.

B) A noção romana de *bona fides*

A sua primeira acepção é de cunho religioso, sendo *Fides* a deusa da palavra dada, representante da fé jurada e protetora dos segredos. Ela também governava a confiança entre os homens, protegendo os fracos contra os poderosos.

Já a *bona fides* é um conceito jurídico, cujo conteúdo foi traçado por Cícero: a *fides* do *bonus vir romano* era a atitude social do romano que auxilia os demais na medida do possível e não prejudica a ninguém. A *bona fides* era a fidelidade à palavra dada e a regra de conduta do homem honesto.

A regra da boa fé nos contratos tem origem nas ações de Boa Fé, ela se faz presente antes mesmo do surgimento da noção de contrato, sendo que os contratos de natureza consensual, tais como os conhecemos hoje em dia, têm origem nessas ações, as *bona fidei iudicia*²⁹.

Este conceito, bastante modificado, vai aparecer nas codificações do século XIX e XX, como veremos a seguir.

²⁷ - Em artigo publicado em 1860, intitulado, em sua versão francesa, « De la culpa in contrahendo ou des damages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in *Oeuvres Choiesies*, tradução de O. de Meulenaere, vol. II, p. 1

²⁸ - A respeito, consultar Daniela CARUSO, *La culpa in contrahendo, l'esperienza statutense e quella italiana*, Giuffrè Editore, 1993. Vide também nosso comentário sobre o livro, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 3-1997, p. 724.

²⁹ - Sabe-se ainda muito pouco a respeito dessas ações, mas é fato incontroverso a existência de três diferentes listas, onde estão elas enumeradas, uma de Cícero (in *De Officiis*), uma de Gaius (in *Institutiones*) e a terceira no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Para um melhor aprofundamento sobre o tema, consultar Max KASER, *Römisches Privatrecht*, Juristisches Kurz-Lehrbuch, 15ª edição, 1989, p. 370. Em língua francesa, o clássico M. VILLEY, *le droit romain*, PUF, 1945. Na literatura brasileira, breves referências à *Bona Fides* no direito romano, in *A Boa Fé no Direito Privado*, de Judith MARTINS-COSTA, ed. RT, 1999, pp. 111 a 124 e notas, sobretudo as de número 71 e 72.

C) A Codificação da boa fé no século XIX

A Alemanha e o Japão são povos, há séculos, dedicados ao comércio. Mas as semelhanças entre as duas potências não terminam aí, pois o protestantismo e a moral japonesa apresentam características que os aproximam sobremaneira, a ponto de constituírem comportamentos muito próximos. Tal é o caso dos *giri*, conjunto de regras norteadoras de cada tipo de relação humana, regras fundadas na tradição e no sentimento de afeição (*ninjô*) que une os indivíduos nas suas relações e, aquele que não as observa é egoísta, porquanto busca primordialmente o seu interesse, em vez de obedecer à parte mais nobre de sua natureza.

O primeiro jurista japonês a consagrar um estudo à noção de Boa Fé foi o professor Ishizaka, em 1915. Para ele, a função essencial da boa fé era ser um critério (*keijun*) capaz de possibilitar a determinação do objeto da prestação ou a maneira de seu cumprimento.

Em 1920³⁰, uma decisão do Tribunal Supremo japonês aplicou pela primeira vez o Princípio da Boa Fé Objetiva, princípio «que domina o direito das obrigações», determinando, a partir daí, uma pesquisa mais aprofundada sobre o seu conceito.

Na verdade, os motivos pelos quais a Boa Fé foi introduzida no Código Civil japonês, remontam à doutrina anterior à Codificação, tais a busca por uma maior adaptabilidade do direito as diversas situações da vida, e a vontade de instituir o primado do coletivo sobre o individual. A Boa Fé Objetiva no Japão é tida como uma norma, cujo fim precípua é o de limitar a autonomia da vontade e, ao mesmo tempo, permitir ao magistrado melhor adaptar a sua decisão ao caso concreto.

A doutrina encarregou-se desse estudo e, graças as suas valiosas contribuições, o *Minpô* recepcionou, em seu texto, a Boa Fé, tendo em vista uma maior flexibilidade do direito, certamente sob uma forte e evidente influência da Escola do livre direito, o *Freirechtsbewegung* alemão³¹.

Contudo, ainda assim, a introdução do princípio da Boa Fé objetiva só foi possível mediante uma reforma constitucional, reforma necessária à adaptação do país as novas circunstâncias, criadas em consequência da 2ª. guerra mundial, fator da destruição material do país do Sol nascente. As forças de ocupação, ou seja, os norte-americanos, foram os grandes incentivadores da elaboração de uma Constituição democrática para o país, o que desencadeou, de maneira natural, uma série de adaptações do *Minpô* a nova realidade jurídico-política japonesa³².

³⁰ -Tribunal Supremo, 18 de dezembro de 1920, *Minroku*, nº 26, p. 1947, ref. por Béatrice JALUZOT, in *La bonne foi dans les contrats*, Dalloz, 2001, p. 51, nota 1.

³¹ -Segundo Eugen EHRLICH, um dos mais ardorosos defensores da atribuição de um poder pretoriano aos juizes, existe, paralelamente ao direito emanado do Estado, um direito livremente constituído, o qual deve ser levado em conta pelo magistrado, da mesma forma que a lei. O controvertido pensador ensinava que o livre direito é composto pela «equidade (*Billigkeit*)», pelo «sentimento do justo (*richtiges Recht*)», da «razão prática (*praktisches Vernunft*)» e, sobretudo, da «sentença de acordo com os valores sociais (*Werturteil*)». A respeito desta doutrina, há inúmeras obras, mas talvez as mais interessantes sejam a de H. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, publicada em 1906 e a reação inflamada de François GÉNY a respeito, o tão conhecido *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, cuja primeira edição data de 1899, sendo a segunda, mais difundida, datada de 1919.

³² -Sobre a evolução da ocidentalização do Japão e a influência americana no país, vide Edwino REISCHAUER, op.cit. supra.

Para levar a cabo este projeto de democratização, ao mesmo tempo em que era reformada a Constituição, votou-se uma lei sobre medidas de urgência para o direito civil. A comissão de reforma do código civil apresentou quatro projetos, cujo objetivo era o direito civil como um todo, mas, somente aquele relativo à reforma do artigo 1º do *Minpô* foi aprovado, tendo como fundo o princípio maior, o do bem estar do povo (artigo 1º, alínea 1, e a referência à Boa Fé, na alínea 2) e o da proibição do abuso de direito (artigo 1, alínea 3).

É interessante observar que o Japão introduziu a norma relativa à Boa Fé Objetiva em seu Código Civil, visando, por meio dela, a adaptação do direito civil aos novos valores democráticos, consagrados na Constituição do país, também recentemente democratizada.

A seguir, passaremos a analisar as diferentes configurações da Boa Fé Objetiva nos Códigos objeto deste estudo.

II Parte: O alcance dos três textos relativos à Boa Fé objetiva, em matéria contratual, nos Códigos Civis, alemão, brasileiro e japonês.

Os legisladores destes três países redigiram de forma mais ou menos semelhante a regra onde impõem aos contratantes o dever de atuarem, na consecução do contrato, de acordo com os ditames da boa fé objetiva. É o que se depreende dos textos a seguir transcritos:

A) As disposições normativas a respeito da Boa Fé Objetiva, nas Codificações analisadas

a) Código alemão de 1900:

§ 242 : *O devedor tem a obrigação de executar a prestação, tal como o exigem a confiança e a fidelidade levando em consideração os usos de tráfico.*³³

b) Código Civil brasileiro de 2002:

art. 422 : *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa fé.*

c) O Código Civil japonês, o *Minpô*, com a redação dada em 1947:

artigo 1º alínea 2: *O exercício dos direitos e a execução das obrigações são coisas que devem ser feitas de boa fé e com lealdade.*

Postas as três normas relativas ao princípio da boa fé objetiva nos Códigos aqui referidos, surge uma primeira indagação, a de determinar-se a verdadeira natureza das normas relativas à Boa Fé objetiva, em cada um dos sistemas de direito privado em análise: a que categoria de norma pertence a Boa Fé Objetiva? Seria um *standard* jurídico ou um princípio geral?

Alguns ordenamentos a consideram como um *standard*, servindo de critério de julgamento, outros, como princípio, o que lhe dá maior importância.

1) A boa fé objetiva como *standard* jurídico:

Como *standard*, a boa fé objetiva pode receber acepções muito variadas, distintas segundo a matéria onde é aplicada, pois o *standard* dá uma medida média de conduta social, suscetível de se adaptar às particularidades de cada hipótese determinada. Desta sorte, a Boa Fé Objetiva é um conceito de *geometria variável*³⁴, cuja constância é duvidosa, mas cuja variação

³³ -Causa certa perplexidade, o fato de o § 242 ter, como destinatário, aparentemente, somente o devedor.

³⁴ -A expressão, inúmeras vezes citada, é da autoria de Béatrice JALUZOT, in op. cit.

é a flexibilidade. Exemplo dessa acepção, é a forma como ela está prevista no *Code Civil* francês e no *Uniform Commercial Code* americano³⁵.

Os alemães e japoneses optaram pela concepção principal da boa fé objetiva³⁶. Esta qualificação vem sendo adotada, a cada dia mais, por outros sistemas.

2) A Boa Fé Objetiva como princípio:

Como princípio, a Boa Fé Objetiva desempenha três funções assim entendidas: interpretação, concretização e controle.

2.1) A função interpretativa da boa fé:

De acordo com o § 157 do BGB, *os contratos devem ser interpretados conforme exige a boa fé levando-se em conta os usos*.

O legislador brasileiro de 2002, na parte geral do Código Civil, em seu artigo 113, dispôs de forma análoga à do legislador do BGB: *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração*³⁷.

Já o Minpô não contém regra expressa referente à interpretação conforme a Boa Fé, conferindo ampla discricionariedade ao juiz na matéria.

Na verdade, a incidência da Boa Fé na teoria da interpretação japonesa é considerada exclusivamente uma obra da doutrina, preconizando-se a interpretação em função do fim perseguido pelos contratantes, depois pelos usos, pelo direito supletivo e, por último, em virtude da Boa Fé³⁸.

³⁵ -Artigo 1134 do CN: *as convenções legalmente formadas têm valor de lei em relação aqueles que as constituíram. Elas somente podem ser revogadas por seu consentimento mútuo, ou por causas autorizadas pela lei. Elas devem ser executadas de boa fé.* Já o UCC americano, em seu § 1-102, dispõe que as partes podem, mediante as cláusulas contratuais, quais os standards deverão ser observados durante a execução do contrato.

³⁶ -Princípio é uma idéia geral, extraída de um conjunto de regras ligadas entre si por uma certa relação lógica, e é a idéia comum, situada na base de todas essas regras, que é formulada sob a forma de «princípio» O traço mais característico do princípio é a abstração. Um princípio é extraído das regras. Mediante um trabalho de pura indução lógica, eliminando-se as particularidades de cada regra, para manter apenas uma concepção ideal e puramente subjetiva, e dela fazer uma realidade permanente e objetiva, cf. AL-SANHOURY, *Le standard juridique*, ref. por B.JALUZOT, op.cit. p. 71. Em português, vide o excelente estudo de Humberto Bergmann ÁVILA *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Editora Malheiros, 04-2003, 127 páginas.

³⁷ -O nosso vetusto Código Comercial de 1850 já dispunha no mesmo sentido, em seu artigo 131: *Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1.a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.* Inciso 4.: *o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos de mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras.* ²⁶² -A título de exemplo, vale referir a decisão da Corte Suprema Japonesa, em 1957, afirmando *a boa fé não tem sua aplicação limitada exclusivamente ao exercício dos direitos, à execução das obrigações, ela deve servir de norma de interpretação do teor do contrato.* Ref. por B. JALUZOT, op.cit.p. 170, nº 622.

³⁸ -A título de exemplo, vale referir a decisão da Corte Suprema Japonesa, em 1957, afirmando *a boa fé não tem sua aplicação limitada exclusivamente ao exercício dos direitos, à execução das obrigações, ela deve servir de norma de interpretação do teor do contrato.* Ref. por B. JALUZOT, op.cit.p. 170, nº 622.

Os juízes japoneses costumam interpretar livremente as normas legais, apoiando-se numa *ratio* ou natureza das coisas, os denominados *jori*, invocando em suas decisões tanto a Boa Fé como os bons costumes. O juiz nipônico é bem mais livre do que o europeu ou o brasileiro, tem ampla liberdade, não estando tão adstrito à lei como no Ocidente. Esta discricionariedade pode ser algo bom, mas não deixa de representar uma certa insegurança para o jurisdicionado. É certo também que este aspecto depende da cultura do povo, onde recorrer ao Tribunal representou, durante séculos, um ato qualificado como vergonhoso.

Sob um outro ângulo, há uma aproximação entre o direito brasileiro e o japonês, relativamente ao exercício do direito, ambos sujeitos à Boa Fé³⁹.

2.2) No que tange à função concretizadora da Boa Fé, há uma sintonia entre o direito alemão e o japonês, pois através da *Konkretisierung*, em alemão e da *gutaika* em japonês, é feita a determinação mais concreta do conteúdo da Boa Fé, mediante o recurso aos usos, usos locais e a certos valores. É interessante mencionar o fato de o Minpô reconhecer, no seu art. 92, a importância desses usos⁴⁰.

O Código brasileiro de 2002, em seu artigo 113, refere a Boa-Fé e os usos do lugar de sua celebração, como critérios para a interpretação dos negócios jurídicos.

No Brasil, infelizmente, a relevância dada aos usos é ainda pequena, porque a nossa tradição é demasiado positivista.

Quanto aos valores, são aqueles de cunho ético- sociais, como a lealdade, a razão, a justiça, a solidariedade, a equidade e os princípios constitucionais.

2.3) Em relação à função de controle da Boa Fé Objetiva, os três sistemas jurídicos, alemão, brasileiro e japonês coincidem num mesmo aspecto, todos concebem a Boa Fé Objetiva como uma espécie de diretiva do comportamento das partes, quando da execução contratual, diretiva essa permissiva de um efetivo controle desse comportamento, pelo magistrado.

Apesar desse reconhecimento comum, as formas de realização do controle são diferentes nos três ordenamentos.

a- No sistema alemão, o controle do exercício da autonomia da vontade é realizado de maneira ampla pelo juiz, valendo lembrar aqui a teoria do abuso de Direito, nascida da *exceptio doli generalis*, ressuscitada pela jurisprudência do final do século passado. Esta construção foi vinculada ao § 242, onde se prevê a execução de boa fé das convenções. Esta construção é peculiar ao direito alemão, se bem sejam as duas noções indissociáveis, na maioria dos sistemas jurídicos.

Foi também com base na Boa Fé Objetiva, que o juiz alemão controlou a edição de

³⁹ - Minpô, artigo 1, alínea 2, transcrito *supra*, e o artigo 187 do Código de 2003, *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.*

⁴⁰ - Artigo 92: *Existindo um costume diverso da lei ou do regulamento, mas não relacionado à Ordem Pública, é preciso levar em conta se os participantes de um ato jurídico tinham a intenção de observar este costume, de modo que o costume deve prevalecer.*

⁴¹ - A Allgemeine Geschäfts Bedingung Gesetz de 1976. V. nosso «Ineficácia das cláusulas abusivas», in *Revista de Direito do Consumidor*, nº43, julho/setembro 2002, p. 316-324.

cláusulas abusivas nos contratos de consumo, antes mesmo da publicação da AGBG, de 1976⁴¹. Nos contratos entre comerciantes, o controle pode ser menos incisivo, não obstante, até mesmo essa categoria pode ser sujeita a controle judicial, conforme autoriza o § 9, da mencionada lei de 1976, sobre condições gerais de negócios.

b- No Código Civil brasileiro de 2002, está consagrado o controle do exercício da autonomia da vontade, mediante a aplicação do artigo 422, onde o legislador impõe aos contratantes o dever de guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e Boa Fé. A exemplo do que ocorre no sistema alemão, mencionam-se, no diploma de 2002, os contratos de adesão (condições gerais de negócios), determinando o legislador a nulidade das cláusulas onde se estipule a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio⁴². Anteriormente à publicação do novo Código Civil, a doutrina nacional já havia sido pródiga em obras relativamente às funções da Boa Fé Objetiva⁴³, inclusive a de controle, assim como a jurisprudência de nossos tribunais, atingindo níveis de verdadeira excelência, ao exercer a função controladora do exercício da autonomia da vontade ⁴⁴.

c- Quanto ao direito japonês, apesar da existência da possibilidade de ampla intervenção do juiz, o controle da autonomia da vontade pelo magistrado tem sido exercido de maneira « circumspecta » como acertadamente refere B. Jaluzot⁴⁵.

Relativamente à sanção ao exercício abusivo do Direito, com assimilação à violação ao princípio da Boa Fé, percebe-se uma influência francesa muito grande no direito japonês, nesta matéria. Para alguns autores, uma vez que a Boa Fé delimita o exercício de direito, o seu exercício em desacordo com os ditames dela, será considerado abusivo, porquanto o direito subjetivo deve ser exercido de forma normal, dentro de certos limites e rendo em vista um interesse juridicamente protegido.

O fundamento para a sanção ao exercício abusivo do direito, seria a responsabilidade delitual, identificando-se o abuso de direito ao ato ilícito.

Com efeito, um artigo publicado no Japão em 1906, faz menção ao abuso de direito, e nele se nota nítida influência do pensamento de Josserand,⁴⁶ em sua obra publicada em 1905.

⁴² Cf. art. 423 do Código Civil de 2003, *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*

⁴³ -O grande estudioso e « descobridor » de todas as potencialidades do princípio da Boa Fé Objetiva no Brasil foi Clóvis do COUTO e SILVA, com sua obra *A Obrigação como Processo*, em 1976, Ed. José Bushatsky.

⁴⁴ - V. referências jurisprudenciais, in J. MARTINS-COSTA, op. cit. p. 455 e segs.

⁴⁵ -In op. cit., p. 238, nº 888.

⁴⁶ *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*.

⁴⁷ - *La bonne foi dans la formation du contrat, rapport japonais*, in *La bonne foi, journées louisianaises, Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1992, p. 143.

B) As variações da concepção principal da Boa Fé Objetiva

A concepção da Boa Fé objetiva como um princípio não está imune a algumas diferenças nos três ordenamentos em análise, a Alemanha, o Brasil e o Japão.

Em 1º lugar, a posição onde está o princípio, no caso do Japão, logo no início do *Minpô*. Seu âmbito de ação se circunscreve ao direito civil, excluindo o direito público, mas conferindo-lhe uma posição de destaque, conforme atestam as palavras dos mestres K.Kitamura, H. Morita e A. Omura, para quem a boa fé, no *Minpô*, foi «erigida à condição de primeiro violino, encarregada de conduzir toda a orquestra das regras de direito civil»⁴⁷.

O Direito alemão, por sua vez, concebe a Boa Fé Objetiva como uma norma superior, dominando todo o sistema, enquanto o japonês, como se observou, não lhe atribui tamanha força, e é mais reservado quanto ao âmbito de sua aplicação.

No Brasil, pode-se dizer que a Boa Fé Objetiva é entendida, algumas vezes, como *standard*⁴⁸, em outras, como princípio. Ela está subentendida no Código Civil de 1916, onde é pressuposta, existindo como um princípio subjacente. No Código de 2002, está prevista expressamente, nos artigos 113 e 422, tendo aplicação em outras disciplinas além do Direito Civil, por exemplo, no direito do trabalho, no processo civil, e no direito administrativo.

Veremos a seguir, como a jurisprudência, nos três sistemas aludidos, desenvolveu uma série de deveres, com fulcro na Boa Fé Objetiva, com o fito de complementar o conteúdo do contrato avençado entre as partes.

C) A Boa Fé Objetiva, instrumento de criação pretoriana: os deveres anexos e acessórios incidentes na relação contratual, um segundo estágio da concretização efetuada pelo juiz alemão, brasileiro e japonês

Os três sistemas aqui referenciados reconhecem a existência de deveres nascidos da incidência do princípio da boa fé objetiva no contrato. Contudo, a sua criação deve ser tributada exclusivamente à jurisprudência, sendo seu papel o de influenciar sobremaneira o direito dos contratos e da responsabilidade civil.

1) O direito alemão funda todas as obrigações acessórias no princípio da Boa Fé Objetiva, seja no § 157 ⁴⁹ seja no § 242 do *BGB*. Esta idéia de permitir ao intérprete complementar o conteúdo da relação contratual, mediante a inserção de deveres acessórios, remonta à época dos trabalhos preparatórios da elaboração do *BGB*. A jurisprudência alemã criou, ao longo dos anos, certas obrigações, muito precisas, constituindo verdadeiras regras de direito material. De acordo com a doutrina germânica, existem três grande categorias

⁴⁸ -Consultar a respeito dessa concepção, Judith MARTINS-COSTA e Gerson BRANCO "A Boa Fé como Modelo (Uma aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale) ", in *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil brasileiro*, Editora Saraiva, 2002, pp. 187 a 226.

⁴⁹ -Os contratos devem ser interpretados como o exige a boa fé, levando em consideração os usos.

desses deveres, o de cooperação⁵⁰, o de informação⁵¹ e o de proteção⁵², os quais deram surgimento a vários outros, como o de fidelidade (*Treupflicht*), cuja aplicação se restringe a apenas dois tipos de contrato, o de trabalho e o de sociedade.

2) Já o Minpô tem dois fundamentos para os deveres acessórios, os *fuzi gimmu*, o art. 1º, alínea 2 e o artigo 415, onde se lê, *a execução deve ser feita segundo o real conteúdo da obrigação*. De acordo com a maioria da doutrina nipônica, é difícil conciliar os dois fundamentos.

O direito japonês reconhece como deveres acessórios o de informar, de proteger⁵³, de atuar com diligência e o de cooperar⁵⁴.

3) No direito brasileiro, a concepção cooperativa do contrato nele percebe um feixe de vínculos, uma espécie de estrutura (*Gefüge*) onde cada parte pode ser destacada da outra, sem prejuízo para o todo, desta sorte, paralelamente à obrigação principal, surgem os deveres acessórios, anexos e secundários, alguns até mesmo independentes da obrigação principal, servindo o seu cumprimento, para um melhor adimplemento da principal⁵⁵. De acordo com o pensamento de Clóvis do Couto e Silva⁵⁶, *todos os deveres anexos podem ser considerados como*

⁵⁰ -Reconhecida pela RG, a Corte Suprema alemã, já em 1920. V.RGZ, 101, p. 47. Esta obrigação consistiria em que o devedor e o credor estão obrigados a proporcionar as condições para o desenvolvimento do contrato e afastar os entraves à sua execução, mediante uma estreita cooperação, cf. o Comentário *Palandt/H. Heinckius*, § 242, n° 32. O tema é pouco versado na doutrina francesa, contudo, para uma visão comparatista do tratamento da cooperação contratual naquele país, ver o interessante estudo de François DIESSE, « le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *ApbD*, 43, 1999, p. 259 a 302.

⁵¹ - O Direito alemão não reconhece uma obrigação geral de informação, mas criou inúmeras outras, dela derivadas. Papel sobremaneira importante é reconhecido à obrigação de informar na fase pré-contratual. Vide nosso estudo, "Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte", in *Revista de Informação Legislativa*, n° 136, out./dez. 1997, p. 169 e segs. Para o dever de informar em geral, no direito privado, consultar Christoph **FABIAN**, *Dever de Informar no Direito Civil*, Editora RT, 2002, 176 páginas.

⁵² - Espécie muito heterogênea, pois reúne vários tipos de obrigações secundárias, referenciadas à Boa Fé, como as de segurança, prudência e garantia.

⁵³ -V. decisão da Corte Suprema japonesa, datada de 17 de outubro de 1991, onde foi mencionada a existência de um dever de proteção, por parte do proprietário negligente, quanto às condições de um prédio, onde ocorreu um incêndio, condenando-o ao pagamento de perdas e danos pela inexecução do contrato, com fundamento no princípio da Boa Fé Objetiva. Ref. por B.JALUZOT, op.cit.p. 520.

⁵⁴ -Va decisão da Corte Suprema japonesa, em 30 de maio de 1968, onde foi dito que a parte havia *fallado* com sua obrigação de contribuir para a realização do fim almejado no contrato. V. B. JALUZOT, op.cit. 515, nota 03.

⁵⁵ -O Direito das Obrigações brasileiro tem nítida inspiração romana, daí a sua proximidade com o direito alemão.Va respeito, **ESSER/ SCHMIDT**, *Schuldrecht*, Band I und II, Allgemeiner Teil, F.Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 7.ed., 1992, e, para o direito brasileiro, Francisco **PONTES DE MIRADO**, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi Editor, 1972 além de Clóvis do **couto e SILVA**, *A Obrigação como Processo*, já referida. Apesar da enorme relevância desse ramo do Direito Privado, nosso novo Código, diversamente do *Code Napoléon* e do *BGB*, não evoluiu na matéria, não recepcionou as transformações derivadas da evolução das relações negociais, não absorveu modelos estrangeiros mais avançados. Para o Direito brasileiro, consultar Judith **MARTINS-COSTA**, *Comentários ao Novo Código Civil, direito das obrigações*, volume V, tomo I, arts. 304 a 388, Editora Forense, 2003. Para o Direito francês, Camille **JAUFFRET-SPINOSI**, " La réforme du droit des obligations ", *D.* 1989, p. 657. Em relação ao direito alemão, em língua francesa, Filippo **RAINIERI** " La nouvelle partie générale du droit des obligations ", in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 2002, p. 941. Em alemão, P. **HUBER** / **FAUST**, *Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht*, C.H.Beck, München, 2002.

⁵⁶ -Op. cit. p. 117.

deveres de cooperação⁵⁷, ressaltando, porém, a existência de autores que dão significado restrito a esses deveres, abrangendo apenas os de auxílio, no sentido de o fim (adimplemento) da avença só poder ser atingido mediante a mútua cooperação das partes.

O mesmo autor menciona, como parte da categoria de deveres anexos, os de indicação e esclarecimento, cujo cumprimento se dá em favor do outro contratante⁵⁸.

Uma observação interessante diz respeito à terminologia empregada nos três sistemas em relação às consequências da incidência do princípio da Boa Fé Objetiva na relação contratual: enquanto os franceses, aqui pouco mencionados, utilizam a expressão « obrigações acessórias », os alemães, brasileiros e japoneses preferem qualifica-las como « deveres ». A razão dessa diferença de tratamento talvez derive da consideração dos « deveres acessórios » como algo externo às partes, não originado da vontade dos contrarantes, os quais convencionam, pelo exercício da autonomia da vontade, apenas a obrigação principal. Ora, a incidência do princípio da Boa Fé Objetiva na relação contratual, impõe-lhes deveres (e não obrigações), porquanto inafastáveis por sua vontade, sujeitando ambas as partes.

Conclusão:

Após essas brevíssimas reflexões de cunho comparatista, chegamos ao momento da realizarmos a síntese das idéias aqui expostas:

a) A recepção do modelo jurídico romano deu-se de forma distinta em cada um dos três ordenamentos aqui analisados;

b) devido a fatores de cunho histórico, filosófico, religioso e ideológico, a adoção do princípio da Boa Fé Objetiva redundou em algumas diferenças na sua aceção nos três sistemas jurídicos objeto da análise aqui efetuada;

c) em que pesem tais diferenças, pudemos, contudo, observar ser a adoção do Princípio da Boa Fé Objetiva um elemento de aproximação entre as três concepções de contrato analisadas, aproximando-as até mesmo daqueles modelos criados pelas organizações internacionais, por exemplo, o da Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadorias, do *Code Unidroit* sobre Contratos Internacionais de Comércio⁵⁹ e do *Code Européen des Contrats*⁶⁰,

⁵⁷ Consultar, deste autor, também *Les principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, Cours fait à Paris, Université de Paris XII, 1988, dat., onde o autor demonstra compartilhar da concepção alemã de relação obrigacional, pois assim se manifesta:*Aujourd'hui, par l'application du principe de la bonne foi au droit des obligations, le rapport obligatoire est considéré aussi comme un ordre de coopération entre les parties pour accomplir l'intérêt du créancier.* P. 01.

⁵⁸ -Vide Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Editora Almedina, 1994, 6ª edição, sobretudo páginas 88 a 98.

⁵⁹ Publicados pelo UNIDROIT(Institut International pour l'Unification du Droit privé Privado), Roma, 1994, 262 páginas, em várias versões: alemão, árabe, chinês, espanhol, holandês, húngaro, italiano e russo, sendo a versão original em inglês.

⁶⁰ -Avant-Projet, élaboré par l'Académie des Privatistes Européens, Coordinateur Giuseppe GANDOLFI, livre premier, Giuffrè Editore, 2002.

d) no que se refere ao direito japonês, resta aberta a indagação formulada inicialmente: pode-se falar em uma real e efetiva ocidentalização do direito civil japonês? Nossa resposta talvez possa ser interpretada como uma ousadia, pois entendemos que, para alguns efeitos, ela existe, mas para outros, não.

Com efeito, a tradição e a cultura japonesas são mais fortes do que toda e qualquer inspiração externa. E ousamos ir mais longe: melhor seja assim, pois o povo japonês deve conservar a sua identidade, seus valores culturais. Como visto, a manutenção e conservação intactas de suas tradições, o amor pela sua cultura milenar, seu sentimentalismo místico, sua mentalidade voltada mais para a poesia do que para a lógica, esta um dos substratos dos Códigos europeus, o afastam do mundo ocidental.

Pessoalmente acreditamos consistir este aspecto o maior encanto da civilização japonesa: um país extremamente desenvolvido em todos os campos do conhecimento, detentor de uma tecnologia de ponta em vários setores, cujo povo respeita o próximo independentemente de qualquer regra jurídica impositiva, movido por um costume milenar, fator de união e entendimento na sociedade japonesa. Para nós, essa maneira de conceber as relações sociais deve ser um excelente exemplo a ser imitado.